

Новеллы корпоративного законодательства и перспективы изменения правоприменительной практики

Вэбинар Палаты Адвокатов Нижнего Новгорода
Е.Г. Авакян

04.04.2018

- 2015
- 1) Четвертый антимонопольный пакет - Федеральный закон № 275-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации»
 - - согласование соглашений о совместной деятельности
 - - злоупотребление доминирующим положением
 - - изменения в регулировании соглашений, ограничивающих конкуренцию
- 2) Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» № 210-ФЗ от 29 июня 2015 года
 - Первая часть «гармонизационного пакета»
- 3) Деофшоризация - Федеральный закон от 24.11.14 №376-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса РФ»:
 - - контролируемые иностранные компании
 - - российское налоговое резидентство иностранных компаний
 - - фактическое право на доходы
 - - налогообложение сделок с акциями компаний, имеющих недвижимость в России
- 4) Расширение перечня сведений, подлежащих обязательному внесению в ЕГРЮЛ (подп. 3.1 п.7 ст.7.1 закона №129-ФЗ)
 - при поступлении в регистрирующий орган заявления от заинтересованного лица делается запись о недостоверности содержащихся в реестре сведений о юридическом лице.

- 2016
- 7) Требование об обязательном нотариальном удостоверении факта принятия решения об изменении уставного капитала ООО (п.3, ст.17 закона №14-ФЗ)
- 8) Возможность регистрации компании по домашнему адресу её руководителя или участника с долей 50% и более - ст.17 Федерального закона от 08.08.2001 N 129-ФЗ (ред. от 13.07.2015) "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей"
- 9) Нотариус выступает в роли заявителя при внесении изменений в ЕГРЮЛ касательно перехода или залога доли в ООО (п.1.4 ст.9 закона №129-ФЗ)
- 10) Право нотариусов на бесплатное получение сведений из ЕГРЮЛ в форме электронного документа. Нотариус сам будет получать выписку в день удостоверения сделки (абз. 2 п.13 ст.21 закона №14-ФЗ)
- 11) Новый классификатор для указания вида экономической деятельности ОКВЭД ОК 029-2014 (КДЕС РЕД.2) – Приказ Росстандарта от 31.01.14 №14-ст
- 12) Возможность внесения вкладов акционерами в имущество общества без увеличения уставного капитала (Федеральный закон от 03.07.16 №339-ФЗ)
- 13) Необходимость заключения сделки в форме единого документа, удостоверенного у нотариуса (п.11 ст.21 закона №14-ФЗ)

- 2017
- 14) Возможность не одобрять крупную сделку (п.7 ст.46 закона 14-ФЗ; п.3 ст.78 закона 208-ФЗ)
- 15) Предварительное одобрение вместо извещения о предстоящей сделке (п.3 ст.45 закона №14-ФЗ)
- 16) Замена аффилированных лиц на контролирующие (п.1 ст.45 закона №14-ФЗ, п.1 ст.81 закона №208-ФЗ)
- 17) Исключения в правилах о сделках с заинтересованностью (п.7 ст.45 закона №14-ФЗ, п.2 ст.81 закона №208-ФЗ) стр. 42 «Юрист компании» №8 2016)
- 18) Возможность закрепления в уставе хозяйственных обществ факта неприменения норм о крупных сделках и сделках с заинтересованностью (Федеральный закон от 03.07.16 №343-ФЗ)

История реформы

Март 2015 г.

Поручение А.В. Дворковича сократить количество сделок с

заинтересованностью © Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры

Апрель – май 2015

г.
Минэкономразвития
подготовило первый
проект.

Май 2016 г.
Законопроект
внесен в ГД.

3 июля 2016 г.
Федеральный
закон № 343-ФЗ
подписан
Президентом и
**вступает в
силу с**

1 января 2017 г.

- **Запрос:**

- исключение необходимости одобрения внутригрупповых сделок и сделок, формально в группу не попадающих, но очевидно взаимозависимых (например, консолидируемых по МСФО)

- **Реформа:**

- Расширен перечень сделок, к которым правила о совершении сделок с заинтересованностью / крупных сделок не применяются.
- Сделки до 0,1 % БСА выведены из периметра сделок с заинтересованностью.
- После замены «аффилированных лиц» на «контролирующих и подконтрольных», часть сделок между аффилированными лицами не требует одобрения.

- **НО: *полноценно запрос бизнеса не учтён.***

- **Запрос:**

- упрощение процедуры одобрения крупных сделок и сделок с заинтересованностью


- **Реформа:**

- Сделки с заинтересованностью - акцент смещен на предварительное раскрытие заинтересованности, обязательное одобрение сделок исключено.

- Крупные сделки – идея ограничить крупные сделки только квазиреорганизацией, но формулировки нечеткие.

Предварительные итоги реформы: Новые вызовы

- 1 Отлаженный институт, привычный для судов и бизнеса, полностью переработан. Фактически практика должна складываться заново. **Готовы ли суды** к такому вызову?
- 1 Ограничивается право миноритариев на оспаривание сделки. **Вводится ценз корпоративного контроля (1 %)**. Для крупных ПАО порог даже в 1 % окажется запретительным, для ООО и НПАО – порог не имеет смысла. Таким образом, положение миноритариев ухудшилось, ничего взамен им предложено не было.

- 1 Вместо чётких критериев (%% в законе + доработка этих критериев ВАС РФ) понятие крупной сделки даётся через абстрактное и размытое определение («изменение вида или масштаба деятельности»). Суды могут в равной степени признавать крупными только квази-реорганизационные сделки либо вообще не менять практику.
- 1 Реально ничего не достигнуто: одни каучуковые формулировки заменены на другие (абз. 5 п. 6 ст. 79 ФЗ об АО: «либо возникновение иных неблагоприятных последствий»).
- 1 Необходимость доказывать причинение ущерба обществу в результате сделки без согласия исключена  неубыточная сделка может быть оспорена по формальным основаниям (отсутствие одобрения + недобросовестность контрагента).



АДВОКАТСКОЕ
БЮРО

ЕГОРОВ
ПУГИНСКИЙ
АФАНАСЬЕВ
И ПАРТНЕРЫ



Процедура одобрения крупных сделок по новым правилам

Понятие дается через критерий материальности (25%) + выход за пределы обычной хозяйственной деятельности:

До 1 января 2017 года:

Любые операции, которые приняты в текущей деятельности соответствующего общества либо иных хозяйствующих субъектов, занимающихся аналогичным видом деятельности, сходных по размеру активов и объёму оборота, независимо от того, совершались ли такие сделки данным обществом ранее

(п. 6 Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16.05.2014 № 28, опубликовано 28 мая 2014 года)

Сейчас:

Любые сделки, заключаемые при осуществлении деятельности соответствующим обществом либо иными организациями, осуществляющими аналогичные виды деятельности, независимо от того, совершались ли такие сделки данным обществом ранее,

Если такие сделки не приводят к:

- прекращению деятельности общества или
- изменению её вида либо
- существенному изменению её масштабов.

Определение дается для сделок по отчуждению имущества, но как применять для приобретения?

В число крупных сделок включены:

- 1 Приобретение такого количества акций или иных эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в акции публичного общества, которое повлечет возникновение у общества обязанности направить обязательное предложение в соответствии с главой XI.1 Закона об АО.
- 1 Сделка, предусматривающая обязанность общества передать имущество во временное владение и (или) пользование.
Сейчас: стоимость имущества составляет более 25 процентов + имущество используется в основной производственной деятельности + длительный срок + лишение возможности пользования.
- 1 Сделка, предусматривающая обязанность общества предоставить третьему лицу право использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации на условиях лицензии.

Должны ли учитываться позиции существовавшей до 01.01.2017 года судебной практики (трудовой договор, мировое соглашение, прощение долга)?

Положения относительно крупных сделок **не применяются**:

- к отношениям, возникающим при переходе прав на имущество в процессе реорганизации общества, в том числе по договорам о слиянии и договорам о присоединении (новелла для АО);
- к сделкам по приобретению акций или иных эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в акции публичного общества, заключенным на условиях, предусмотренных обязательным предложением о приобретении акций или иных эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в акции публичного общества;
- к публичным договорам, заключаемым АО на условиях, не отличающихся от условий иных заключаемых АО публичных договоров

Вопрос: АО должно предоставлять услуги по ПД, либо быть потребителем услуг.

- к сделкам, заключенным на тех же условиях, что и предварительный договор, если такой договор содержит все сведения, предусмотренные пунктом 4 статьи 79 Закона об АО, и получено согласие на его заключение в порядке, предусмотренном для крупных сделок.

Сейчас: практика противоречива. Как правило, одобряются предварительный и основной договор.

- 1 В ООО исключена возможность увеличить порог материальности для крупных сделок/исключить необходимость одобрения крупных сделок.
- 1 Для непубличных АО нельзя перераспределить компетенцию по вопросам одобрения крупных сделок.

Противоречие с п. 3 ст. 66.3 ГК РФ: по единогласному решению участников можно перераспределить компетенцию собрания (за исключением закрытого перечня вопросов).

- 1 Нельзя распространить порядок одобрения крупных сделок на иные сделки.

Можно в уставе предусмотреть виды сделок, требующие согласия. Оспаривание не как крупных, а по п. 1 ст. 174 ГК РФ (сделка с нарушением ограничений, установленных учредительным документом).

Ситуация

Что сравнивать с балансовой стоимостью активов

Отчуждение или возникновение возможности отчуждения имущества	Наибольшая из двух величин – балансовая стоимость такого имущества либо цена его отчуждения
Приобретение имущества	Цена приобретения такого имущества
Передача имущества во временное владение и (или) пользование	Балансовая стоимость.
Приобретение имущества во временное владение и (или) пользование	<p>Не установлено.</p> <p>Балансовая стоимость либо арендная плата? Если арендная плата, за какой период?</p> <p>Возможна аналогия с трудовым договором (платежи за весь срок либо за год, если бессрочный)</p>
Приобретение акций (иных эмиссионных ц.б., конвертируемых в акции ПАО), которые повлекут возникновение у общества обязанности по приобретению акций (иных ц.б.) в соответствии с главой XI.1 Закона об АО	Цена всех акций или иных эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в акции, которые могут быть приобретены обществом по таким сделкам в соответствии с главой XI.1 Закона об АО.

- I **СД** общества утверждает **заключение о крупной сделке**, в котором должны содержаться в том числе:
 - информация о предполагаемых **последствиях для деятельности общества** в результате совершения крупной сделки и
 - оценка **целесообразности** совершения крупной сделки.
- I Заключение о крупной сделке включается в информацию (материалы), предоставляемую акционерам при подготовке к проведению ОСА, на котором рассматривается вопрос о согласии на совершение или о последующем одобрении крупной сделки.
- I При отсутствии СД в обществе заключение о крупной сделке утверждается **единоличным исполнительным органом** общества.

Какие последствия, если заключения не будет, а сделка будет одобрена?

Может ли ЕИО передоверить утверждение заключения третьему лицу?

Стоимость имущества –
предмета сделки

Порядок одобрения

от 25% до 50%

в порядке, предусмотренном для сделок с заинтересованностью.

В случае, если крупная сделка, предметом которой является имущество, стоимость которого составляет от 25 до 50 процентов балансовой стоимости активов общества, определённой по данным его бухгалтерской (финансовой) отчётности на последнюю отчётную дату, одновременно является сделкой, в совершении которой имеется заинтересованность, и в соответствии с настоящим Федеральным законом вопрос о согласии на совершение крупной сделки вынесен на рассмотрение общего собрания акционеров (глава XI настоящего Федерального закона), решение о согласии на совершение крупной сделки принимается в порядке, предусмотренном главой XI настоящего Федерального закона.

В ООО:

Если рассматривает ОСУ

Как крупная сделка + как сделка с заинтересованностью.

Если рассматривает СД

Не урегулировано.

Логично, если как крупная сделка + как сделка с заинтересованностью.

Учтен подход судебной практики (Пленум ВАС № 28):

- I В решении **могут не указываться** сторона сделки и выгодоприобретатель, если сделка заключается на торгах, а также в иных случаях, если сторона такой сделки и выгодоприобретатель не могут быть определены к моменту получения согласия на совершение такой сделки (*не применяется к стратегическим предприятиям и АО с гос. участием более 50% либо с правом «золотой акции»*);
- I Решение может также содержать указание на:
 - **минимальные и максимальные параметры** условий или **порядок их определения**,
 - согласие на совершение **ряда аналогичных сделок**,
 - **альтернативные варианты условий** сделки,
 - согласие на совершение крупной сделки **при условии совершения нескольких сделок одновременно**.
- I В решении может быть указан **срок**, в течение которого действительно такое решение (в противном случае согласие считается действующим в течение 1 года с даты его принятия, если иное не вытекает из существа и условий крупной сделки / обстоятельств, в которых давалось согласие).
- I Крупная сделка может быть совершена под отлагательным условием получения одобрения на ее совершение в порядке, установленном Законом об АО / Законом об ООО.



АДВОКАТСКОЕ
БЮРО

ЕГОРОВ
ПУГИНСКИЙ
АФАНАСЬЕВ
И ПАРТНЕРЫ



Новое в оспаривании крупных сделок и сделок с заинтересованностью

Основание:

1 Ст. 173.1 ГК РФ (недействительность сделки, совершенной без необходимого в силу закона согласия третьего лица, органа юридического лица или государственного органа либо органа местного самоуправления).

Истцы: общество; **член СД;** акционеры (участники), владеющие в совокупности **не менее 1% голосующих акций (общего числа голосов участников)**.

Предмет доказывания				
	Отсутствие одобрения/последующего одобрения	Голосование могло повлиять на результаты голосования	Убытки	Другая сторона по сделке знала или должна была знать о ее совершении с нарушением
Сейчас	+	+	+	+
По 343 -ФЗ	+	-	-	+

Срок исковой давности начинается течь с момента, когда истец узнал или должен был узнать о том, что такая сделка требовала одобрения.

Основания	До 01.01.2017	Сейчас
Наличие признаков крупной сделки	+ (доказывает истец)	+ (доказывает истец)
Отсутствие одобрения	+ (доказывает истец)	+ (доказывает истец)
Последующее одобрение	+ (доказывает ответчик)	+ (доказывает ответчик)
Голосование не могло повлиять на результаты голосования	+ (доказывает ответчик)	Блокируется через требование к порогу участия
Убытки	+ (доказывает истец)	Не входит в предмет доказывания
Недобросовестность контрагента	+ (доказывает ответчик)	+ (доказывает истец)
ИТОГ:	Сделка сохраняется	Сделка признается недействительной

Если сделка с заинтересованностью совершена в отсутствие согласия на ее совершение:

- 1 Член СД или акционеры (участники), владеющие в совокупности не менее чем 1% голосующих акций (общего числа голосов участников) общества, вправе обратиться к обществу с требованием предоставить информацию, касающуюся сделки, в том числе документы или иные сведения, **подтверждающие, что сделка не нарушает интересы общества** (в том числе совершена на условиях, существенно не отличающихся от рыночных).

Вопросы:

- Непонятно что это за информация?
- Как должен поступить суд, если информация была предоставлена, но заинтересованное лицо несогласно с ее содержанием?
- 1 Указанная информация должна быть предоставлена лицу, обратившемуся с требованием о ее предоставлении, в срок, не превышающий **20 дней** со дня получения этого требования.
- 1 Отсутствие информации – презумпция ущерба интересам общества в результате сделки.
- 1 **С какого момента течет срок исковой давности:** (1) с момента извещения о заинтересованной сделке, либо (2) по истечении срока представления документов.

Основание:

1 П. 2 ст. 174 ГК РФ (сделка, совершенная представителем или действующим от имени юридического лица без доверенности органом юридического лица **в ущерб** интересам представляемого или интересам юридического лица).

Истцы: общество; **член СД;** акционеры (участники), владеющие в совокупности **не менее 1% голосующих акций (общего числа голосов участников).**

Предмет доказывания

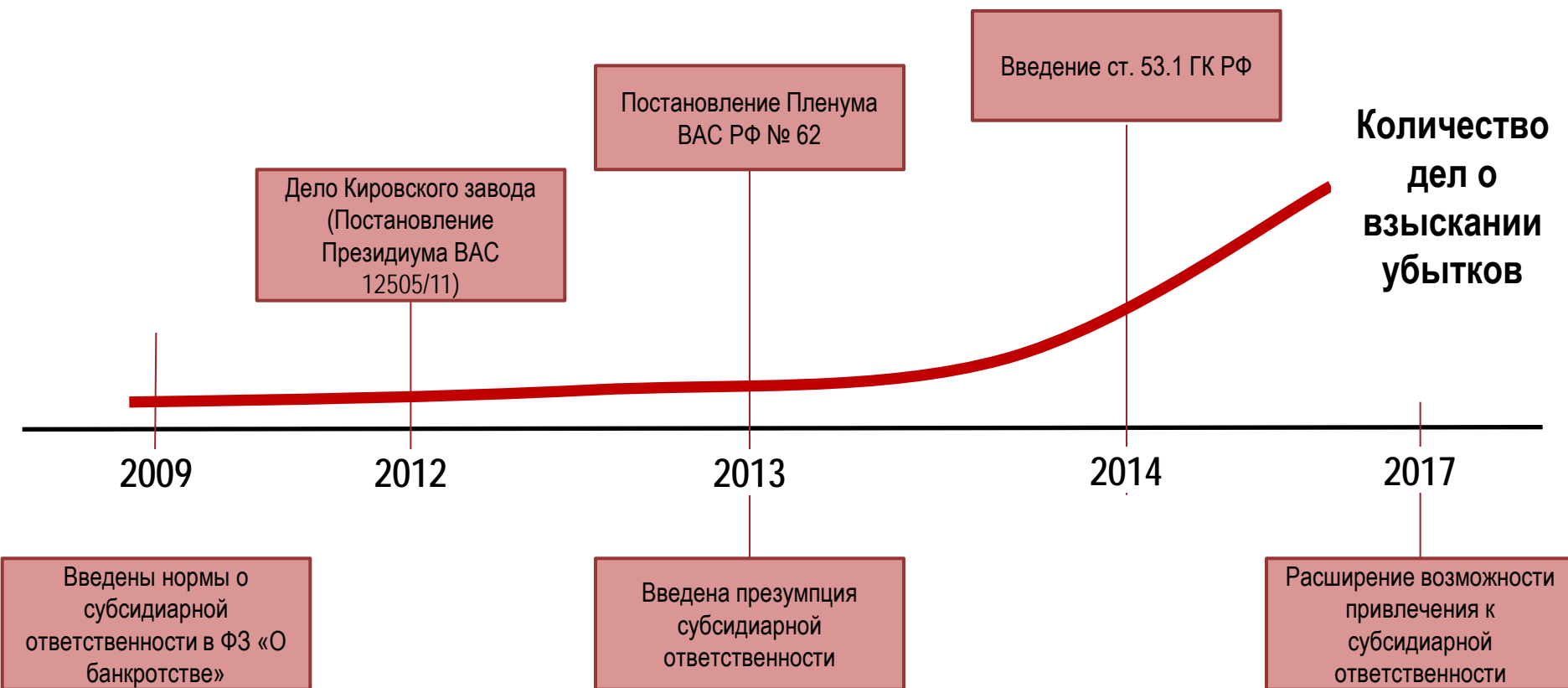
	Отсутствие одобрения/последующего одобрения	Голосование могло повлиять на результаты голосования	Убытки	Другая сторона по сделке знала или должна была знать о ее совершении с нарушением
До 01.01.2017	+	+	+	+
Сейчас	+	-	+	+
	но отсутствие одобрения - презумпция ущерба интересам общества в результате сделки, а не недействительности сделки			

Ответственность контролирующего бизнес лица.

Новеллы регулирования и
правоприменительной практики.

Развитие законодательства и судебной практики

Количество
дел о
взыскании
убытков



Ответственность органов управления и контролирующих лиц

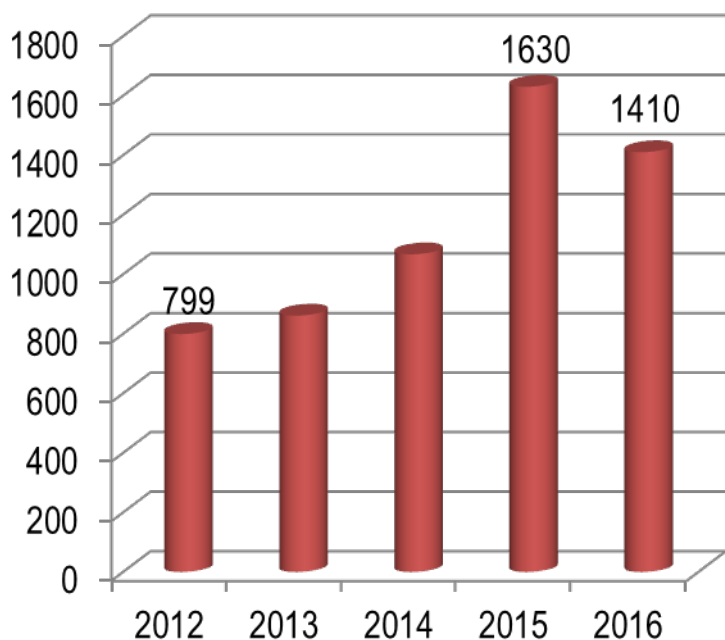
Виды ответственности органов управления и контролирующих лиц

Ответственность перед обществом
(ГК РФ, Закон об АО,
Закон об ООО, ППВАС №62)

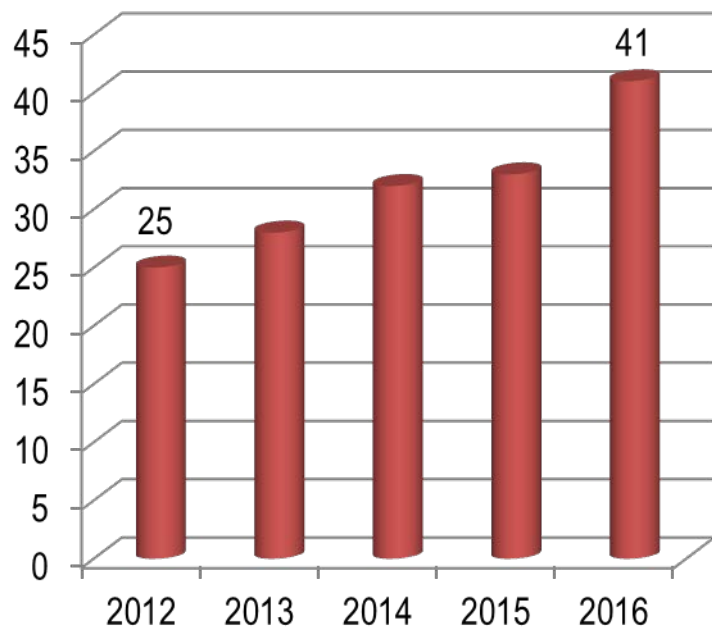
Субсидиарная ответственность
перед
кредиторами общества
(ФЗ о банкротстве)

Статистика рассмотрения споров о взыскании убытков

■ Количество Исков



■ Количество удовлетворенных исков в %




Рост размера взыскиваемых убытков

379 685 463 руб.
Дело «Гранит XXI
век»
(№ А60-19440/2015)

2 251 459 000 руб.
Дело «Московский
залоговый банк»
(№ А40-12657/2009)

3 660 346 000 руб.
Дело
«Инвестторгбанк»
(№ А40-
56167/2016)



- 
- Привлечение к субсидиарной ответственности менеджмента и собственника ЗАО «Ланта-тур вояж» в размере **875 млн. руб.**
 - Привлечение к субсидиарной ответственности президента банка «Огни Москвы» в размере **6 млрд. руб.**
 - Привлечение к субсидиарной ответственности членов органа управления и С.В. Пугачева как контролирующего лица «Межпромбанк» за вывод активов в размере **75 млрд. руб.**

Лица, с которых могут быть взысканы убытки

ЕИО, члены коллегиального исполнительного органа

- Ключевой субъект ответственности

Члены совета директоров, наблюдательного совета

- Одобрение сделок, одобрение выплат

Участники и акционеры общества

- Одобрение сделок, вывод активов

«Теневые» собственники и иные контролирующие лица

- Вывод активов, согласование и обеспечение исполнения сделок

Основания для привлечения к ответственности

Недобросовестность и (или) неразумность при осуществлении обязанностей = **противоправность** поведения

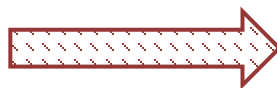
Недобросовестность («нечестность»)

1. Действовал при наличии конфликта интересов;
2. Скрывал от участников информацию о совершенной сделке;
3. Совершил сделку без необходимого корпоративного одобрения;
4. Уклонялся от передачи документов, касающихся убытков;
5. Знал или должен был знать о том, что его действия (бездействие) не отвечали интересам общества.

Неразумность («непрофессионализм»)

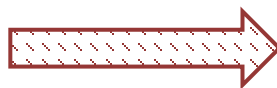
1. Принял решение без учёта известной ему информации;
2. До принятия решения не предпринял действий, направленных на получение необходимой информации;
3. Совершил сделку без соблюдения обычно требующихся или принятых в данном юридическом лице внутренних процедур.

Да, сделка убыточна, но ее же одобрил совет директоров/общее собрание



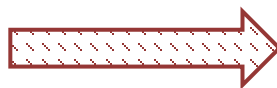
Директор несет самостоятельную обязанность действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно

Да, сделка убыточна, но она же никем не оспорена



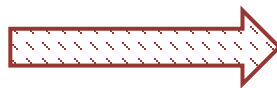
Взыскание с директора убытков не зависит от факта признания сделки недействительной

Если я голосовал «против» или воздержался от голосования, то я не могу нести ответственность



Воздержание от голосования признается участием в голосовании без выражения негативного мнения

Если я голосовал по обязательной директиве материнской компании, то я не могу нести ответственность



Если директива будет оспорена, то есть риск привлечения к ответственности

Суд может взыскать с руководителя убытки общества, возникшие в результате привлечения общества к административной ответственности.

Способы минимизации риска:

- l Обоснованное, формализованное делегирование полномочий;
- l Нахождение в отпуске в момент совершения правонарушения;
- l Доказывание значительного масштаба деятельности общества;
- l Заключение соглашения об устранении ответственности за неразумные действия.

Одобрение / заключение невыгодных сделок

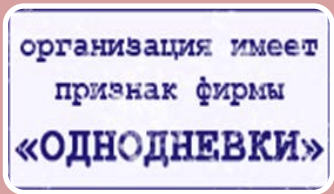
Суд может взыскать с руководителя убытки общества, возникшие в результате одобрения / заключения невыгодных сделок:



Сделки, заключенные на нерыночных условиях



Сделки, заключенные при недостаточной осмотрительности руководителя



Сделки с «фирмами-однодневками»

Принятие необоснованных управленческих решений о трудовых выплатах

Принятие необоснованного решения о выплате премии руководителю

Установление руководителю неразумно высокой заработной платы

Выплата не предусмотренных ТК РФ компенсаций при расторжении трудового договора

Выплата заработной платы лицу, не осуществляющему трудовых функций в обществе

Суд может взыскать убытки с лица, осуществляющего «теневой» контроль над деятельностью общества.

Обстоятельства, свидетельствующие о «теневом» контроле:

- Л**ицо давало интервью в СМИ о деятельности, проблемах и планах общества на ближайшую перспективу;
- Л**ицо имело рабочий кабинет в обществе;
- Л**ицо участвовало в переговорах от имени общества и позиционировало себя как бенефициар;
- Л**ицо делало резолюции на хозяйственной документации общества.

С руководителя могут быть взысканы убытки, возникшие в результате создания им «параллельного» бизнеса, на который был переведен значительный объем выручки общества.

С руководителя могут быть взысканы убытки в связи с пропуском срока исковой давности и отказа судом во взыскании дебиторской задолженности: такое бездействие директора является неразумным и не отвечающим интересам общества.

Возможность привлечения руководителя к ответственности за прощение долгов контрагентов общества зависит от того, была ли данная сделка совершена для предотвращения ещё большего ущерба обществу, или же директор не предпринял никаких действий в целях минимизации убытков.

Рекомендации по снижению рисков привлечения к ответственности:

- 1 осуществление регулярного мониторинга наличия или возможности возникновения рисков привлечения к ответственности;
- 1 распределение обязанностей и ответственности между ключевыми сотрудниками;
- 1 соблюдение требований корпоративного законодательства и действующих в обществе процедур;
- 1 страхование ответственности перед обществом;
- 1 собирание доказательств экономической обоснованности условий сделок перед их заключением;
- 1 формирование архива документации по наиболее существенным сделкам и решениям перед увольнением или истечением срока полномочий;
- 1 занятие активной позиции в суде.

- l Статья 201 «Злоупотребление полномочиями» УК РФ
- l Статья 193.1 «Совершение валютных операций по переводу денежных средств в иностранной валюте или валюте РФ на счета нерезидентов с использованием подложных документов» УК РФ
- l Статья 174 «Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных другими лицами преступным путем» УК РФ
- l Статья 174.1 «Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступлений» УК РФ
- l Статья 159 «Мошенничество» УК РФ
- l Статья 195 «Неправомерные действия при банкротстве» УК РФ
- l Статья 196 «Преднамеренное банкротство» УК РФ

Объективная сторона состава преступления

Деяние (действие или бездействие)

Использование полномочий вопреки законным интересам организации, что следует понимать как совершение действия или бездействия, связанного с нарушением закона или иных нормативно-правовых актов (в том числе локальных нормативно-правовых актов).

В связи с этим особое значение приобретают принятие и соблюдение внутрикorporативных процедур одобрения сделок, проведение оценки сделки с точки зрения ее возможных уголовно-правовых последствий.

Общественно опасное последствие

Существенный вред может выражаться как в виде материального (имущественного) ущерба различным собственникам (включая организацию, в которой служит субъект), так и в виде физического вреда, нарушения прав и законных интересов граждан, общественных и государственных интересов.

Практике известны следующие виды существенного вреда:

- подрыв платежеспособности организации, банкротство или реальная угроза такового,
- снижение рентабельности предприятия;
- упущенная выгода;
- сокращение объемов коммерческой или иной деятельности;
- задержка выплаты заработной платы.

Вопрос о существенности вреда решается правоприменителем в каждом конкретном случае.

Субъективная сторона состава преступления

Вина в форме умысла, который выражается в том, что лицо осознает, что злоупотребляет своими полномочиями, что эти действия могут принести вред организации, но желает (сознательно допускает) возможность причинения вреда.

Цель: нанесение вреда другим лицам либо извлечение выгод или преимуществ для себя или других лиц.

В значительной степени именно форма вины и цель позволяют отделить преступное использование полномочий от обычной предпринимательской деятельности, хотя и причинившей вред организации.

Объективная сторона состава преступления

Деяние (общественно опасное действие или бездействие)

Совершение валютных операций по переводу денежных средств в иностранной валюте или валюте Российской Федерации на банковские счета одного или нескольких нерезидентов.

При совершении переводов на счета нерезидентов как в валюте Российской Федерации, так и в иностранной валюте лицо, осуществляющее такой перевод, обязано предоставить соответствующему кредитному учреждению подтверждающие документы и информацию относительно оснований и назначения перевода.

Состав преступления является формальным, преступление следует считать оконченным с момента зачисления денежных средств на счет нерезидента.

Объективная сторона состава преступления

Способ совершения преступления

Представление кредитной организации, обладающей полномочиями агента валютного контроля, документов, связанных с проведением таких операций и содержащих заведомо недостоверные сведения об основаниях, о целях и назначении перевода.

Порядок представления уполномоченным банкам документов и информации, связанных с проведением валютных операций установлен Инструкцией Банка России от 4 июня 2012 г. № 138-И.

Указанная Инструкция предусматривает различные требования к порядку представления документов в зависимости от валюты операции (иностранная валюта или валюта РФ).

Представляемые документы должны содержать заведомо недостоверные сведения об основаниях, цели и назначении платежа.

Субъективная сторона состава преступления

Вина

Вина в форме прямого умысла. Валютные операции могут быть совершены в пользу одного или нескольких нерезидентов. В последнем случае необходимо, чтобы перечисление денежных средств на счета нескольких нерезидентов охватывались единым умыслом виновного. Если же при совершении каждой операции был реализован самостоятельный умысел, содеянное требует квалификации по совокупности преступлений.

Статья 193.1 УК РФ Квалифицирующие признаки

Часть 2 статьи 193.1 УК РФ, предусматривают ответственность за совершение данного преступления:

- 1 в крупном размере. В соответствии с примечанием к данной статье деяния признаются совершенными в крупном размере, если сумма незаконно переведенных денежных средств в иностранной валюте или валюте Российской Федерации по однократно либо по неоднократно в течение одного года проведенным валютным операциям превышает девять миллионов рублей;
- 1 группой лиц по предварительному сговору;
- 1 с использованием юридического лица, созданного для совершения одного или нескольких преступлений, связанных с проведением финансовых операций и других сделок с денежными средствами или иным имуществом.

Статья 193.1 УК РФ Квалифицирующие признаки

Часть 3 статьи 193.1 УК РФ предусматривает ответственность за деяния, предусмотренные ч. 1 или ч. 2 указанной статьи, совершенные:

- 1 в особо крупном размере, что в соответствии с примечанием к данной статье предполагает, что сумма незаконно переведенных денежных средств в иностранной валюте Российской Федерации по однократно либо по неоднократно в течение одного года проведенным операциям превышает сорок пять миллионов рублей;
- 1 организованной группой.

Совершение преступления, предусмотренного ст. 199 УК РФ, может рассматриваться в качестве основного преступления в отношении преступлений, предусмотренных ст.ст. 174, 174.1 УК РФ, в том числе в случае прекращения уголовного преследования.

- Согласно правовой позиции Пленума Верховного Суда РФ, изложенной в п. 4 Постановлении от 07.07.2015 № 32 вывод суда, рассматривающего уголовное дело по ст. 174 или ст. 174.1 УК РФ, о преступном характере приобретения имущества, владению, пользованию или распоряжению которым виновный стремится придать правомерный вид, наряду с иными материалами уголовного дела может основываться на постановлении органа предварительного расследования о прекращении уголовного дела (уголовного преследования) за совершение основного преступления по основаниям, предусмотренным ст. 28.1 УПК РФ, если материалы уголовного дела содержат доказательства, свидетельствующие о наличии события и состава основного преступления, и органом предварительного расследования дана им соответствующая оценка.

Существует практика квалификации незаконного получения субсидий по ст. 159 УК РФ.

- Существует практика возбуждения уголовных дел по ст. 159 УК РФ в отношении руководителей организаций по факту незаконного получения субсидий из федерального бюджета.
- Правоохранительными органами могут квалифицироваться как необоснованное получение субсидий нарушения в результате предоставления недостоверных сведений о понесенных затратах.

Ужесточение ответственности контролирующих должника лиц при банкротстве

Формирование института субсидиарной ответственности

I. 1992 г. Первое упоминание об институте ответственности в Законе о банкротстве.

Норма не работает, судебная практика отсутствует.

II. 1998 - 2002 гг. В Законе о банкротстве появляется ст. 10, вводятся новые основания для привлечения.

Для привлечения к ответственности необходимо доказать умысел, суды в 99% случаев отказывают.

III. 2009 – 2013 гг. «Переломный» момент. Изменен принцип доказывания вины; предпринята попытка переложить бремя доказывания на КДЛ; практикой выработаны новые основания для привлечения к ответственности.

Начинает формироваться положительная судебная практика.

IV. 2013 – 2016 гг. Значительный рост привлечения КДЛ к ответственности в связи с широким усмотрением суда.

Примеры: привлечение руководителей холдингов; использование установленных в рамках уголовных дел фактов и свидетельских показаний; раскрытие многоуровневых структур владения бизнесом.

V. 2016 – 2017 гг. Реформа процесса привлечения к субсидиарной ответственности и механизма доказывания. Приняты N 488-ФЗ от 28.12.2016, N 266-ФЗ от 29.07.2017 и Письмо ФНС от 16.08.2017 N СА-4-18/16148@.

Презумпции признания лица контролирующим:

- 1 Являлось руководителем должника / управляющей компании, членом исполнительного органа, ликвидатором, членом ликвидационной комиссии;
- 1 Имело право самостоятельно либо совместно с заинтересованными лицами распоряжаться 50 и более % голосующих акций / долей / более чем половиной голосов на общем собрании участников / **имело право выбирать или назначать руководителя должника;**
- 1 Имело возможность определять действия должника / давать обязательные для исполнения указания;
- 1 Извлекало выгоду из незаконного или недобросовестного поведения лиц, уполномоченных выступать от имени должника;
- 1 Перечень оснований для признания лица контролирующим **открыт.**

Субъекты привлечения к ответственности

- До реформы 2016-2017 гг.
- После реформы 2016-2017 гг.



Основания освобождения номинальных директоров от ответственности, или «покажи мне кто за всем этим стоит»:

- 1 КДЛ должен доказать, что осуществляло функции органа управления номинально;
- 1 КДЛ должен помочь установить реального бенефициара и обнаружить скрытое имущество.

Общее правило: Невозможность полного погашения требований кредиторов произошло вследствие действий / бездействий КДЛ

Презумпции установления причинно-следственной связи между действиями КДЛ и банкротством должника:



- 1 Одобрение сделки / нескольких сделок, причинивших существенный вред имущественным правам кредиторов;
- 1 Отсутствие обязательных для юридического лица документов / искажение информации в таких документах;
- 1 Размер долга, установленный ненормативными правовыми актами / приговорами превышает 50% от общего размера основной суммы долга требований кредиторов третьей очереди;
- 1 Бездействие / действие лица существенно ухудшило финансовое положение должника;
- 1 Несвоевременная подача заявления о признании должника банкротом в суд;
- 1 На дату возбуждения банкротства в ЕГРЮЛ / ЕФРСБ не внесены или внесены недостоверные сведения;
- 1 Не представлен отзыв на заявление о привлечении лица к субсидиарной ответственности.



При установлении презумпции бремя доказывания отсутствия причинно-следственной связи переходит на КДЛ

КДЛ в любом случае должно доказать отсутствие вины

Механизм работы презумпции выгоды для определения КДЛ

- 1 Предпринимательская деятельность – осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли  никто не будет осуществлять свою деятельность с систематической выгодой для другого лица и убытками для себя.
 - 1 Фактическое выстраивание реальным собственником структуры управления с переносом «рисковой» части на отдельные лица и формирование «центров прибыли» свидетельствует об извлечении выгоды из незаконных / недобросовестных действий формального руководства должника.
- 
- 1 Выход за пределы «обычного риска» предпринимательской деятельности

Стимулирующая сумма вознаграждения арбитражных управляющих = 30% от суммы, поступившей в конкурсную массу в связи с исполнением судебных актов о привлечении КДЛ к субсидиарной ответственности

Заявление о привлечении контролирующего лица к субсидиарной ответственности может быть подано:

- В ходе любой процедуры банкротства
- Вне рамок дела о банкротстве

- ┌ Вместе с заявлением в ходе любой процедуры банкротства может быть подано заявление о принятии обеспечительных мер, в т.ч. в отношении имущества третьих лиц.
- ┌ Новые нормы о привлечении к ответственности распространяются на все заявления с 01.07.2017 вне зависимости от даты введения процедуры банкротства, в т.ч. возможность привлечения лиц, являвшихся КДЛ в трехлетний предбанкротный период.

Риски для имущества контролирующих лиц

- 1 Арест имущества и иные обеспечительные меры, в том числе в отношении имущества третьих лиц, подконтрольных КДЛ.
- 1 Инициирование банкротства самого КДЛ.
- 1 Прекращение обязательств кредитных организаций перед контролируемыми лицами.
- 1 Обращение взыскания на имущество в иностранных юрисдикциях.

Если недоимка числится за налогоплательщиком более трех месяцев и налоговым органом исчерпаны процессуальные возможности ее взыскания, она может быть взыскана в судебном порядке

С ЗАВИСИМОГО ЛИЦА (как юридического, так и физического) в следующих случаях:

- 1 Поступления выручки за реализованные налогоплательщиком товары (работы, услуги) на счета таких лиц (в том числе, через цепочку операций с независимыми лицами);
- 1 После назначения налоговой проверки налогоплательщика произошла передача денежных средств (в том числе, через цепочку операций с независимыми лицами), иного имущества зависимому лицу, и такая передача привела к невозможности взыскания недоимки.

Взыскание производится в пределах переданного имущества или пропорционально доле поступившей выручки

При этом зависимость лиц устанавливается судами не только с учетом формальных критериев взаимозависимости, установленных НК РФ, но и по иным основаниям, свидетельствующим о фактической зависимости лиц (согласованности их действий).

Яркий пример применения п. 2 ст. 45 НК РФ – Дело ООО «Интеркрос Опт» и ООО «Интерос» (Определение ВС РФ от 16.09.2016 № 305-КГ16-6003), в котором ВС РФ сформулировал цель данной нормы - противодействие избежанию налогообложения *«в тех исключительных случаях, когда действия налогоплательщика и других лиц носят согласованный (зависимый друг от друга) характер и приводят к невозможности исполнения обязанности по уплате налогов их плательщиком, в том числе при отсутствии взаимозависимости, предусмотренной статьей 105.1 НК РФ».*

- 1 Торжество концепции приоритета существа над формой – вне зависимости от способа юридического оформления операции суд устанавливает, было ли целью ее совершения уклонение от исполнения налоговой обязанности путем вывода активов налогоплательщика в пользу связанного с ним (его бенефициарами) лица.
- 1 Отсутствие критериев взаимозависимости не исключает применение п. 2 ст. 45 НК РФ, если:
 - 1 сделка (операция) привела к невозможности взыскания недоимки;
 - 1 выявлены признаки согласованности действий сторон (зависимость в целях ст. 45 НК РФ фактически обусловлена согласованностью действий);
 - 1 условия сделки (сделок) так или иначе отличаются от условий arm-length.

- l Операции с контрагентами, отвечающими признакам «проблемных» контрагентов:
 - l исключение затрат для целей налога на прибыль;
 - l отказ в применении вычетов НДС;
 - l привлечение к налоговой ответственности по ст. 122 в виде штрафа в сумме 20% или 40% от суммы неуплаченного налога.
- l Выплаты, осуществляемые за рубеж с применением налоговым агентом пониженных ставок налогообложения (освобождения от налога) в соответствии с международными соглашениями;
 - l доначисление налоговому агенту налога у источника в РФ вследствие отказа в применении пониженной ставки (освобождения от налога);
 - l привлечение к налоговой ответственности по ст. 122 в виде штрафа в сумме 20% или 40% от суммы неуплаченного налога.

ДОРОЖНАЯ КАРТА «СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ КОРПОРАТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ»

Утверждена распоряжением Правительства Российской Федерации от 25.06.2016 года. г. №1315-Р
(<http://government.ru/roadmaps/481/about/>)



Цели:

- повышение уровня защиты миноритарных инвесторов и качества корпоративного управления в российских хозяйственных обществах;
- улучшение законодательства о несостоятельности (банкротстве) для создания эффективных и сбалансированных механизмов разрешения неплатежеспособности физических и юридических лиц;
- повышение доступности информации о сделках с обеспечением и наличии/отсутствии обременения на движимом имуществе

Основные мероприятия:

1. Дополнение требований о раскрытии информации о сделках, в совершении которых имеется заинтересованность, в годовых отчётах и сообщениях о существенных фактах требованием о необходимости указания лица, заинтересованного в совершении сделки, и оснований его заинтересованности, а также требованием о необходимости предоставления лицом, заинтересованным в совершении сделки, информации обо всех обстоятельствах его заинтересованности.
2. Уточнение критериев, исходя из которых размер дивидендов по привилегированным акциям считается определённым уставом акционерного общества. Предоставление владельцам привилегированных акций права голоса по вопросу внесения в устав положения об объявленных привилегированных акциях соответствующего типа в случае, если размещение таких дополнительных акций негативно отразится на дивидендных правах существующих акционеров.
3. Запрет (вступающий в силу после переходного периода) подконтрольным акционерному обществу организациям голосовать акциями такого акционерного общества (запрет голосования «квазиказначейскими акциями»).

4. Предоставление членам совета директоров (наблюдательного совета) акционерного общества права доступа к документам и информации подконтрольных обществу юридических лиц.
5. Уточнение регулирования одобрения сделок, в совершении которых имеется заинтересованность, и крупных сделок .
6. Уточнение регулирования процедуры реорганизации хозяйственных обществ в части вопросов, касающихся их реорганизации с одновременным сочетанием различных форм реорганизации. Обеспечение защиты прав инвесторов в процессе реорганизации (защита прав владельцев привилегированных акций, инвесторов при определении коэффициентов конвертации акций (долей) и формировании органов управления создаваемых хозяйственных обществ и других коммерческих корпораций).

7. Законодательное закрепление обязанности раскрытия акционерным обществом информации о сделках организаций, входящих в группу акционерного общества (о существенных для группы сделках, в том числе взаимосвязанных сделках нескольких организаций, а также о существенных для группы сделках, в том числе взаимосвязанных сделках нескольких организаций, в совершении которых имеется заинтересованность контролирующего акционера или членов органов управления акционерного общества).
8. Предоставление акционерам – владельцам обыкновенных акций публичного общества преимущественного права приобретения размещаемых впервые акций другой категории (типа).
9. Законодательное закрепление положений о комитете совета директоров (наблюдательного совета) по аудиту, об организации внутреннего аудита и системы внутреннего контроля и управления рисками в публичных акционерных обществах, а также установление правила о том, что ревизионная комиссия создаётся в публичном акционерном обществе в тех случаях, когда её создание предусмотрено уставом этого общества, с учётом того, что если в обществе не создаётся ревизионная комиссия, то в нем должен быть организован внутренний аудит.

10. Уточнение последствий совершения сделок, в которых присутствует конфликт интересов, в виде взыскания убытков, причинённых такой сделкой, в случае, если она не была надлежащим образом одобрена .

11. Введение детального механизма раскрытия информации о вознаграждении и компенсациях, предусмотренных менеджменту и членам советов директоров (наблюдательных советов) публичных акционерных обществ.

12. Предоставление возможности доступа ко всем необходимым для предмета доказывания по иску акционера (акционеров) документам путём снижения с 25 до 10 процентов порога совместного владения акциями для доступа акционера (акционеров) к документам бухгалтерского учёта (если такие документы необходимы для предмета доказывания по иску) с одновременным снижением рисков акционерного общества, связанных с предоставлением акционеру (акционерам) таких документов бухгалтерского учёта, которые содержат коммерческую тайну, путём обеспечения ответственности такого акционера (акционеров) за убытки, причинённые акционерному обществу разглашением по его (их) вине коммерческой тайны, содержащейся в соответствующих документах.

13. Уточнение норм о косвенных исках, предъявляемых акционерами в защиту интересов акционерного общества.

14. Введение в Федеральный закон "Об акционерных обществах" норм об ответственности контролирующего лица за убытки, причинённые по его вине подконтрольному хозяйственному обществу.

15. Совершенствование правового регулирования прав и обязанностей членов органов управления хозяйственных обществ, а также механизмов привлечения их к ответственности.

16. Создание условий для участия совета директоров (наблюдательного совета) акционерного общества в формировании органов управления акционерного общества, в том числе для передачи полномочий по формированию исполнительных органов совету директоров (наблюдательному совету).

17. Оптимизация требований к раскрытию информации публичными обществами

18. Создание правового механизма, предотвращающего вхождение в состав органов управления публичных обществ недобросовестных лиц.

АДВОКАТСКОЕ
БЮРО

ЕГОРОВ
ПУГИНСКИЙ
АФАНАСЬЕВ
И ПАРТНЕРЫ

СПАСИБО ЗА ВНИМАНИЕ!

119017, Россия, Москва,
ул. Большая Ордынка,
д. 40, стр. 5

Тел.: +7 (495) 935 80 10

Факс: +7 (495) 935 80 11

www.epam.ru



Елена Авакян,
советник
helen_avakyan@epam.ru

© Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры